

L'EXCEPTIO REI IUDICATAE
NELLE AZIONI POPOLARI

STUDIO ESEGETICO

DI

VITTORIO SCIALOJA

PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI SIENA



BOLOGNA

TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI

1883



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

575

All' Illustr.
Signor prof. G. Anselmi
in segno di riverenza

L'Avv

L'EXCEPTIO REI IUDICATAE
NELLE AZIONI POPOLARI

STUDIO ESEGETICO

DI

VITTORIO SCIALOJA

PROFESSORE DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI SIENA



BOLOGNA
TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI
1883



L'EXCEPTIO REI IUDICATAE NELLE AZIONI POPOLARI

STUDIO ESEGETICO

Sommario. — 1. La teoria dominante e le obbiezioni del prof. Cogliolo. — 2. Confutazione degli argomenti teorici del Cogliolo. I cittadini attori nelle azioni popolari sono uniti tra loro da un vincolo sufficiente a giustificare l'*exc. rei iudicatae* contro i terzi. — 3. Confutazione degli argomenti testuali del Cogliolo. Interpretazione del fr. 3 de pop. act. 47, 23. — 4. Continua l'interpretazione del fr. 3 de pop. act. (*Vulgaris exceptio* e *vulgaris actio*). — 5. Continua l'interpretazione del fr. 3 de pop. act. (I Basilici). — 6. Continua l'interpretazione del fr. 3 de pop. act. (Rapporto tra *denegatio actionis* ed *exceptio*). — 7. Interpretazione del fr. 30 §. 3 de iureiur. 12, 2. — 8. Continua l'interpretazione del fr. 30 §. 3 de iureiur. (Di nuovo sul vero rapporto tra *denegatio actionis* ed *exceptio*). — 9. Interpretazione del fr. 6 de sep. viol. 47, 12. — 10. Interpretazione del fr. 45 §. 1 de proc. 3, 3 (Varie opinioni). — 11. Continua l'interpretazione del fr. 45 §. 1 de proc. (*Exceptio doli. Cognitio* del Pretore per la scelta dell'attore e suoi effetti). — 12. Interpretazione del fr. 3 §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29. — 14. Digressione: sulle eccezioni nella procedura degli interdetti. — 15. Continua la digressione: l'*exc. rei iudicatae* negli interdetti. — 16. Si riprende l'interpretazione del fr. 3 §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29. (Gl'interdetti popolari e la cosa giudicata). — 17. Conclusione.

1. Un egregio cultore degli studi nostri, il prof. **Pietro Cogliolo**, ha pubblicato nel vol. XXX pag. 225 segg. dell'*Archivio giuridico* alcune sue *piccole ricerche sulla exceptio rei iudicatae nel diritto romano*. Non è mia intenzione di esaminar qui tutte le interpretazioni e le idee esposte in quei brevi articoli; ma desidero soltanto dir poche parole sul sesto ed ultimo (pag. 243-247) relativo alla *exceptio rei iudicatae* nell'*actio popularis*. Penso che l'avere io tradotto e accresciuto di alcune note il classico la-

voro del **Bruns** sulle azioni popolari (1) mi faccia un obbligo di non lasciar passare senza risposta un attacco, che, se si dovesse ritenere giusto, ci costringerebbe a modificare in parte le idee fin ora accettate. La teoria dominante, divisa anche dal **Bruns** ed alla quale io pure mi sottoscrivo, sostiene che l'*exceptio rei iudicatae* era concessa a colui, che fosse stato convenuto con un'azione popolare, contro chiunque volesse intentare di nuovo la medesima azione. Il prof. **Cogliolo** invece pensa che l'*exceptio* non si poteva opporre ad altra persona, che agisse per la stessa causa, « impe- » rocchè la differenza delle persone, tra di loro non aventi al- » cun vincolo legale, è tale da escludere l'eccezione della cosa » giudicata: la seconda persona potrebbe sempre rispondere che a » lei non nuoce la *res inter alios acta*, e che i casi in cui una » *res inter alios* nuoce sono motivati da un rapporto comune o » di interesse o di condizione giuridica con la persona attrice nel » primo giudizio ».

Tuttavia non per questo il **Cogliolo** crede che l'azione popolare si potesse poi rinnovare all'infinito da qualunque terzo. « In- » tentata l'azione », egli scrive, « il popolo è per così dire sod- » disfatto, il diritto contro il violatore spento, e un'altra persona » non ha più azione, perchè non c'è più diritto. Contro le pretese » della seconda persona, il convenuto del primo giudizio non ha » bisogno di opporre la *exceptio rei iudicatae*, ma può opporre » l'inesistenza della pretesa, estinta *ipso iure*, ed il pretore de- » nega l'azione ».

Avvertirò subito il lettore, che non fosse molto esperto del diritto romano, che ridotta a questi termini la questione non ha un'importanza sostanziale; si tratta solamente di forme processuali, perchè in tutti i modi si viene alla conseguenza che, chi è stato una volta convenuto con un'azione popolare, può per regola generale efficacemente opporsi contro il rinnovarsi dell'azione tanto

(1) Debbo anche ringraziare il **Cogliolo** e gli altri che hanno dato benevolo giudizio di questa mia traduzione.

Mentre correggo le bozze di stampa del presente scritto, trovo nel volume edito or ora dal prof. **Cogliolo**, *Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata* vol. I (Torino, Bocca, 1883) riprodotti gli articoli dell'*Archivio*. Quello relativo all'eccezione nelle azioni popolari si legge a p. 358-362.

Naturalmente io qui debbo astenermi da qualunque giudizio circa l'intera opera del **Cogliolo**.

per parte della stessa persona, quanto per parte dei terzi. E dunque disputa tutta storica ed esegetica.

Gli argomenti addotti dal **Cogliolo** a sostegno della sua tesi sono di doppia natura. Prima un argomento *a priori* dedotto dalla mancanza di sufficienti vincoli legali tra i diversi attori; in secondo luogo l'interpretazione di quattro leggi delle Pandette (fr. 3 pr. de pop. act. 47, 23; fr. 45 §. 1 de procur. 3, 3; fr. 30 §. 3 de iureiur 12, 2; fr. 3 §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29), che sono dal **Keller** (2) citate a dimostrazione della opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae* anche contro i terzi nelle azioni popolari.

2. In verità io non riesco a intendere il primo argomento di indole teorica; e mi nasce il sospetto di versare in grave errore o circa il concetto delle azioni popolari, o circa il pensiero che il **Cogliolo** ha voluto esprimere con le parole, che ho più sopra testualmente riferite. Poichè se accettiamo la formula che « i casi » in cui una *res inter alios* nuoce sono motivati da un rapporto » comune o di interesse o di condizione giuridica con la persona » attrice nel primo giudizio », mi pare per lo meno strano il negare che tale rapporto esista tra i vari cittadini nell'azione popolare, che *ius suum populi tuetur* (3). O in forza di che cosa, se manca ogni rapporto tra i cittadini, l'uno esclude l'altro (4), il più idoneo e il più interessato sono agli altri preferiti? (5) ecc. In forza di che cosa avviene, ciò che il **Cogliolo** ammette, che « intentata » l'azione il popolo è per così dire soddisfatto, il diritto contro il » violatore è spento, e un'altra persona non ha più azione, perchè » non c'è più diritto? » E se il rapporto che corre tra un cittadino e l'altro è tanto forte che l'esercizio dell'azione da parte dell'uno estingue nell'altro la facoltà di esercitarla, perchè dovrà esso venir meno di fronte all'*exceptio rei iudicatae*? Se il rapporto c'è, ci dev'essere pure per l'*exceptio*; se manca, deve mancare anche per la consumazione del diritto e consecutiva *denegatio actionis*. Nell'argomento del **Cogliolo** abbiain dunque trovato fin

(2) Confr. **Keller** *Ueber Litis Contestation und Urtheil*. Zürich 1827 §. 48 nota 1 pag. 409.

(3) Conf. fr. 1 de pop. act. 47, 23.

(4) Conf. fr. 6 de sep. viol. 47, 12.

(5) Conf. fr. 2 de pop. act. 47, 23; fr. 3 §. 1 eod.; fr. 5 §. 5 de his qui eff. 9, 3; fr. 3 §. 12 de hom. lib. exh. 43, 29; fr. 3 pr. de sep. viol. 47, 12; fr. 6 eod.

qui due contraddizioni: una col concetto della *popolarità* delle azioni, l'altra collo stesso concetto del **Cogliolo** circa la denegazione dell'azione. Ma ve n'è pure una terza che risulterà dallo studio del fr. 3 pr. de pop. act. 47, 23; poichè è tempo di passare all'esame delle leggi dal **Cogliolo** interpretate.

3. Il fr. 3 pr. de pop. act. 47, 24 è quello da tutti citato per dimostrare avere i romani ammessa l'*exceptio rei iudicatae* anche contro i terzi nelle azioni popolari. E dico da tutti, perchè non è esatto ciò che scrive il **Cogliolo**, avere il **Keller** per il primo posta come inconcussa questa eccezione alla regola che richiede l'identità delle persone.

Il fr. 3 pr. cit. è di questo tenore:

Ulpianus libro primo ad edictum *Sed si ex eadem causa saepius agatur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur.*

Il **Cogliolo** dice che qui si tratta di un'azione di nuovo promossa dalla stessa persona: « il *saepius agatur* non implica mutamento della persona attrice ». E sta bene: la parola *agatur* è impersonale, sicchè non implica mutamento, ma non indica neppure che si tratti della stessa persona. Perciò bisogna guardare se nel testo si trovino altri elementi d'interpretazione.

Ulpiano nota espressamente che l'*exc. rei iudicatae* si dà *si ex eadem causa agatur, cum idem factum sit*, perchè dunque non aggiunge il requisito dell'identità della persona, se anche questo è essenziale? trattandosi di azione popolare, che poteva esser promossa da tutti i cittadini, non era forse necessario di rilevare espressamente tale elemento, se davvero si fosse richiesto?

I compilatori delle Pandette hanno collocato il nostro testo in modo da dimostrare chiaramente che, almeno secondo la loro interpretazione, esso si riferisce ai terzi. Infatti il frammento di Ulpiano, collocato tra due di Paolo, è grammaticalmente unito al fr. 2 precedente mediante un *sed*. Nè si creda che questo *sed* non abbia valore; perchè anche ammettendo ch'esso si trovasse già nel testo originale di Ulpiano, i compilatori l'avrebbero certamente cancellato, se non vi avessero dato importanza. Ora il fr. 2 è così concepito:

Paulus libro primo ad edictum *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.*

In esso dunque si tratta dei rapporti tra le varie persone che vogliono promuovere la stessa azione popolare. Non è quindi na-

turale il ritenere che, almeno secondo i compilatori, anche il fr. 3 pr. si riferisce al caso di azione promossa da diverse persone? E se questa fu la mente dei compilatori, dobbiamo concludere che per diritto Giustiniano certamente così era, nè abbiamo ragioni per credere che così non fosse anche per diritto antegiustiniano.

4. V'ha di più: Ulpiano chiama *vulgaris* l'*exceptio rei iudicatae* nel fr. 3 pr. del quale ora ci occupiamo. Tale denominazione indica che nelle azioni popolari la si adopera anche dai terzi senza che perciò essa perda o modifichi la sua natura, poichè tra i diversi attori corre un vincolo tale da autorizzarne perfettamente l'applicazione. Questa interpretazione, che fin dal primo momento ci si presenta, viene confermata anche da un più maturo esame.

Ulpiano ha dovuto servirsi di quell'epiteto per escludere la lontana possibilità che l'*exceptio* si dovesse credere avere nel nostro caso ricevuta una estensione del tutto anormale. In altri termini, alla sua mente o conscia o inconscia ha dovuto presentarsi questa idea: l'*exceptio* nell'azione popolare si applica anche contro i terzi, ma ciò non è strano, perchè ogni attore rappresenta coll'interesse generale anche quello dell'altro attore; non si tratta dunque di *exceptio* di nuovo genere, ma bensì della solita *vulgaris exceptio rei iudicatae*, la quale è *vulgaris* in questo caso come negli altri analoghi menzionati nei fr. 9 §. 2 de exc. r. iud. 44, 2; fr. 11 §. 3. 9. 10 eod.; fr. 28 eod.; fr. 29 §. 1 eod.; fr. 3 de pign. 20, 1; fr. 25 §. 8 fam. ere. 10, 2; fr. 42 §. 3 de iurei. 12, 2; fr. 4 §. 3. 4 si serv. vind. 8, 5; fr. 30 (31) §. 7 de neg. gest. 3, 5, e in tutti gli altri nei quali intercede alcun vincolo tra i vari attori. L'epiteto *vulgaris* in altro modo non si spiegherebbe, nè s'intenderebbe perchè Ulpiano a proposito delle azioni popolari reputasse necessario espressamente menzionare la *exceptio rei iudicatae*.

Nè si dica in contrario che il *vulgaris* sta appunto a denotare che l'eccezione si poteva adoperare soltanto contro l'attore stesso e non contro i terzi. Il suo significato presso i romani non è così preciso e tecnico da potersi usare a tal fine. Ulpiano in questo frammento medesimo ce lo dimostra, perchè se l'aggettivo *vulgaris* avesse avuto tal forza, egli non avrebbe certo fatta espressa menzione dell'*eadem causa* e dell'*idem factum*.

Il fr. 3 de pop. act. è il solo, se non erro, ove si trovi bene accertata la frase *vulgaris exceptio*. Nel fr. 30 de pact. dot. 23, 4 si leggono queste parole:

Tryphoninus libro decimo disputationum... *pacti quidem vulgaris exceptionem etiam heredi proficere....*

sicchè vi si tratterebbe di un *pactum vulgare*, frase che si trova anche in altri testi, come nella const. 4 de pign. act. 4, 24:

Alexander *Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret....*

Ma poichè il patto menzionato nel fr. 30 de pact. dot. 23, 4, a differenza di quello relativo alla vendita della cosa data in pegno ricordato da questa const. 4 de pign. act. 4, 24, non può considerarsi come un patto ordinario (6); poichè d'altra parte l'essere *vulgare* il *pactum* non serve punto a rafforzare la regola enunciata da Trifonino, *pacti exceptionem etiam heredi proficere*; poichè finalmente siamo in presenza di un testo senza dubbio guasto, nel quale appunto prima della parola *pacti* manca tutta una lunga proposizione, come ci dimostrano i Basilici (7); tutto ci induce a correggere il testo anche per questa parte. Il **Mommsen** nella sua edizione propone di leggere:

.... *pacti quidem vulgare esse exceptionem etiam heredi proficere....*

Tuttavia non senza qualche probabilità, penso, potrebbe leggersi anche:

.... *pacti quidem vulgarem exceptionem etiam heredi proficere....*

In tal caso l'uso dell'epiteto *vulgaris* annesso ad *exceptio* indicherebbe nel fr. 30 cit., con significato analogo a quello del nostro fr. 3 pr. de pop. act. 47, 23, che l'eccezione accordata all'erede non è altra che quella solita, non portando alcuna sostanziale modificazione il mutamento della persona.

E poichè sto parlando del significato di *vulgaris*, mi sia lecito aggiungere ancora alcune parole sull'*actio vulgaris*. In più

(6) Ecco infatti il patto di cui tratta il fr. 30 cit.: *Baebius Marcellus Baebio Marullo dotis filiae suae nomine centena promiserat et convenerat inter eos, ne ea dos constante matrimonio peteretur, vel [et Mommsen] si post mortem patris in matrimonio sine liberis filia decessisset, ut dimidia dos apud Marullum remaneret, dimidia fratri mulieris restitueretur; eaque etiam in stipulationem deducta erant.*

(7) Confr. Bas. lib. 29 tit. 5 cap. 28 (ed. **Heimbach** vol. III pag. 477). Vedi pure l'edizione dei Digesti del **Mommsen** al fr. 30 cit.

d'uno dei compendî, che vanno per le nostre scuole, la frase *actio vulgaris* è indicata come tecnica denominazione di un certo genere di azioni: in alcuni come opposto delle *actiones in factum*, in altri come opposto delle *utiles*. Anche qui, a parer mio, si cade in un errore assai comune attribuendo significato tecnico a parole che non l'avevano. *Actio vulgaris* non significava altro che l'azione solita, consueta, comune, ordinaria, che dir si voglia; e perciò talora le *actiones in factum*, l'*actio praescriptis verbis* si oppongono alle *vulgares actiones*, e *vulgaria actionum nomina* come nei fr. 1 pr. de praeser. verb. 19, 5 e fr. 2 eod. (8); talora invece contrapposta all'*actio vulgaris* viene l'*utilis*, come nel fr. 47 (46) de her. inst. 28, 5 (9); altre volte l'*actio vulgaris* indica l'azione, che nel maggior numero dei casi si applica ad un determinato rapporto giuridico, in confronto con un'*actio adiecticiae qualitatis*, che si deve usare in un caso speciale (10); altre

(8) Fr. 1. pr. de praeser. verb. 19, 5: **Papinianus** libro octavo quaestionum *Nonnunquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur.* — Fr. 2 eod.: **Celsus** libro octavo digestorum *Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est.*

(9) Fr. 47 (46) de her. inst. 28, 5: **Africanus** libro secundo quaestionum.... *sed nec filio vulgarem competituram, verum utilem....* (intendi mandati actionem).

(10) Questo punto e il seguente sono per lo più trascurati, o esposti non senza mistura di vari errori. Nel §. 102 dei *Vaticana Fragmenta* si legge: ... *Paullus respondit, patrem etiam postea nuptiis consentientem et matrimonium filii sui et dotem efficere; et ideo ex persona filii rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse, in qua(m) actione(m) peculii quantitas deducitur. Tamen (tantummodo Mommsen) in proposito tutius fuit respondere, ex persona filii eum conveniri posse, qui solus contraxerat; etsi alias placet, patrem, quo consentiente filius dotem accepit, rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse.* Le parole *et ideo ex persona filii rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse* sono senza dubbio giuste, e vanno corrette secondo quel che segue. Il **Buchholtz** nella sua edizione (1828) corregge (« suadente Hollwegio », com' egli dice): *et ideo tam ex persona filii, quam rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse; in qua actione nec peculii quantitas deducitur.* Nella edizione dello stesso **Bethmann-Hollweg**, inserita nel *Corpus iuris romani Anteiustiniani* di Bonn (1833), si trova in nota proposta questa congettura del **Savigny**: *et ideo et rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse et ex persona filii, in qua etc.* e quest' altra

volte finalmente l'*actio* o *formula vulgaris* in modo simile serve a designare l'azione tipica che si adopera nei casi normali, ed alla quale in un determinato caso è necessario fare qualche aggiunta (11).

Vulgaris, per la costanza dell'uso, ha acquistato un significato tecnico soltanto riguardo alla *vulgaris cretio* e alla *vulgaris substitutio* (12).

Dunque, tornando al nostro argomento, se *vulgaris actio* non ha significato preciso, molto meno può averlo *vulgaris exceptio*, che si trova tanto più di rado. Questa frase perciò non può essere stata adoperata da Ulpiano, se non per allontanare il dubbio che

del Boecking: *filii reive*... Il Mommsen (1860) cancella la parola *vulgaris*. Lo Huschke (Iurispr. Antejust. 4^a ed. 1879) segue la congettura del Savigny. Checchè sia di ciò l'ultima parte del frammento almeno ci assicura che l'*actio rei uxoriae vulgaris* vi è opposta a quella *ex persona filii*; ed è ciò, di cui ora c'importa.

(11) Fr. 42 pr. de furtis 47, 2: Paulus libro nono ad Sabinum Si *servus navem exercent non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit « dumtaxat de peculio », quod ipse exercitor, adiciatur « ut noxae dederet » (aut noxae dedere)*. Così almeno parmi si debba intendere questo frammento spesso male spiegato dagli interpreti. Il seguito del frammento stesso e il libro, cui esso appartiene (IX Pauli ad Sabinum, conf. fr. 3, 5, de cond. furt. 13 1; fr. 4, 6, 11, 18, 20, 22, 24, 26, 28, 32, 34, 38, 40, 47 de furt. 47, 2; fr. 1, 5 arb. furt. caes. 47, 7) ci assicurano che la frase *de eo quod ibi perit* allude ad un furto (vedi pure fr. 1 §. 3 furti adv. naut. 47, 5). La *vulgaris formula* perciò dev'esser quella dell'azione *furti adversus nautas* etc. Questa peraltro presupponeva un diretto rapporto tra gli autori del furto e il convenuto (fr. 1 pr. furti adv. naut. 47, 5: *In eos, qui naves.... exercent, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt, furtum factum esse dicetur*), rapporto o d'identità o d'impiego, che mancava *si servus navem exercent non voluntate domini*. In questo caso l'azione contro il *dominus* non poteva fondarsi sulla *potestas*, ed era perciò un'azione nossale o ristretta al *peculio*, secondo la varia qualità dell'autore del furto. Perciò si rendevano necessarie le aggiunte alla *vulgaris formula*. Diversamente si sarebbe deciso, se il *servus navem exercent voluntate domini* (arg. fr. 1 §. 19-23 de exerc. act. 14, 1; fr. 6 pr. eod.). Si potrebbe forse soltanto dubitare che la *vulgaris formula* fosse addirittura quella dell'*actio furti*, a causa del titolo in cui il fr. 42 è inserito. Io non lo crederei: ma in ogni caso ciò non alterebbe la conclusione, che qui m'importa maggiormente.

(12) Per la *vulgaris cretio* confr. Gai. II, 171, 172, 173, 190; Ulp. XXII, 31, 32. Per la *vulgaris substitutio* confr. Gai. II, 181; Inst. lib. 2, tit. 15 Dig. lib. 28 tit. 6.

l'eccezione accordata contro i terzi fosse qualche cosa di strano: il legame che univa i cittadini nell'*actio popularis* ne era naturalissima spiegazione. Ma la possibilità di siffatto dubbio non poteva neppur sorgere, se l'*exceptio* non si fosse data contro i terzi.

5. I Basilici e i loro scolasti ci confermano nella nostra interpretazione. Il nostro fr. 3 pr. de pop. act. vi è reso così (lib. 60, tit. 32, c. 7):

Ἐάν δὲ πολλάκις ἐκ τῆς αὐτῆς ὑποθέσεως κινήται, ἀντιτίθεται ἡ περὶ τῆς γενομένης καταδίκης παραγραφή (13).

Alle quali parole si legge questo scolio:

Ἡ ῥεῖ ἰουδικάται, εἰ μήπου κατὰ συμπαιγνίαν ἡ προδοσίαν ἐγένετο (14).

Ora se l'*exceptio rei iudicatae* veniva infirmata nel caso di collusione, ciò significa ch'essa era concessa contro i terzi; poichè solo nel caso che il secondo attore fosse diverso dal primo, si poteva far quistione circa la collusione del primo.

6. Un ultimo punto è finalmente da notare riguardo al nostro fr. 3 de pop. act. 47, 23; ed è qui che trovo negli argomenti del Cogliolo la terza contraddizione, cui più sopra ho accennato. L'e-gregio professore sostiene che il pretore denegava l'azione a chi volesse agire in seguito, anzichè dar contro di lui l'*exceptio rei iudicatae*. Ma il fr. 3 de pop. act., anche inteso come il Cogliolo vorrebbe, dimostra certamente che l'*exceptio* era data almeno contro lo stesso attore che tornasse ad agire. Se ne dovrebbe concludere dunque che l'esercizio di un'azione popolare estingueva il diritto in tutti fuorchè nella stessa persona dell'attore; poichè su quell'estinzione del diritto era, secondo il Cogliolo, basata la *denegatio actionis*, laddove contro lo stesso attore sarebbe occorsa l'*exceptio rei iudicatae*. E questo effetto dell'azione più forte contro i terzi che contro l'attore stesso, dovrebbe ammettersi, perchè tra l'attore e i terzi mancava un sufficiente vincolo giuridico!

Pongasi mente poi che la *denegatio actionis* doveva aver luogo *in iure* dopo una *cognitio* del pretore, sicchè essa in generale presupponeva un giudizio semplice e non intralciato di prove ecc. Ma certo assai più semplice era il giudicare circa l'identità dell'azione proposta dal medesimo attore, che circa

(13) Così tradotto dallo **Heimbach** (vol. V, p. 670): *Sed si saepius ex eadem causa agatur, obstat exceptio factae condemnationis*.

(14) Tradotto dallo **Heimbach** loc. cit.: *Rei iudicatae, si non per collusionem vel proditionem condemnatio facta sit*.

quella da altri promossa: tanto più che quando il nuovo attore era diverso dal primo poteva, come già s'è visto, sorgere questione sulla possibile collusione del primo, questione che non doveva facilmente risolversi. La *denegatio* dunque avrebbe dovuto ammettersi piuttosto nel caso, in cui anche il **Cogliolo** riconosce l'*exceptio rei iudicatae*, che nell'altro, in cui egli la nega. Ma della *denegatio actionis* torneremo a ragionare fra breve.

Questi argomenti presi singolarmente o nel loro complesso parmi debbano persuaderci, che il fr. 3 pr. de pop. act. 47, 23 è per sè solo prova sufficiente dell'opinione da noi difesa. Esso infatti è quello che in generale si cita a sostegno di tale opinione. Il prof. **Cogliolo** può aver ragione quando osserva che alcuni altri dei testi addotti dal **Keller** provano poco: ma l'esuberanza dei testi citati da uno scrittore non deve nuocere alla verità della tesi da lui e dagli altri sostenuta. E gli altri scrittori dalla **Glossa** (15) a **Cuiacio** (16), e da **Cuiacio** al **Bruns** (17), si appoggiano specialmente sul nostro fr. 3 pr.

7. Tuttavia non sarà inutile esaminare anche gli altri testi, poichè non tutti mancano di forza probante e da alcuni di essi potremo trarre qualche conseguenza atta ad illuminarci maggiormente circa la nostra questione.

Affine all'*exceptio rei iudicatae* è l'*exceptio iurisiurandi*, com'è ben noto; sicchè facilmente si può argomentare dall'una all'altra. Ora ecco quel che si legge relativamente al giuramento nel fr. 30 §. 3 de iureiur. 12, 2:

Paulus libro octavo decimo ad edictum In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Il giuramento prestato nell'azione popolare giova dunque anche contro i terzi che volessero rinnovare l'azione, a quel modo che giova la *contestatio* o la sentenza, eccettuato il caso di collusione. In qual modo? Il prof. **Cogliolo** scrive che « quel giuramento che può » *prodesse adversus alios* indica che un *alius agens* viene re-

(15) Vedi la **Glossa** ad l. 3. pr. de pop. act. 47, 23 v. *opponitur*.

(16) Vedi **Cuiacio** *Comm. in lib. IX Pauli ad edictum* ad §. qui ita l. 45 de proc. 3, 3 (Opp. Prati 1837 segg. vol. 5, col. 193 seg.); confr. in lib. 1 *Pauli ad edictum* ad l. 2 de pop. act. (ibid. col. 28).

(17) **Bruns** *Popularklagen* nota 117.

» spinto dal pretore *ipso iure* », ma non ci dice punto perchè debba ciò *indicare*. Io non lo so vedere. O che forse il potere essere opposto mediante eccezione non è un *prodesse*? In verità io aveva anzi creduto sempre che i romani adoperassero volentieri il verbo *prodesse* per indicare il vantaggio che si trae dal potere opporre un' eccezione, e penso ancora che basti uno sguardo gettato sulle Pandette per farne persuaso chiunque. A citare tutti i testi ove *prodesse* è usato in questo senso ci sarebbe da empirne parecchie pagine: ma basterà il guardare nel solo titolo *De pactis* Dig. 2, 14 le seguenti leggi: fr. 2. §. 1 — *profuturamque ei conventionis exceptionem* —; fr. 7. §. 18 — *non profuturum pactum — an doli ei prosit exceptio — doli exceptionem profuturam*; fr. 10. §. 2 — *exceptio doli mihi proderit — sicuti pactum procuratoris mihi nocet, ita et prodesse*; fr. 14 *Item magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat*; fr. 15 *Tutoris — pactum pupillo prodest*; fr. 17. §. 3, 4, 5, 6 *Si quis paciscatur ne a se petatur, sed ut ab herede petatur, heredi exceptio non proderit. Si pactus sim — non proderit Titio — Pactum — emptori prodest — Cum possessor alienae hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere neque prodesse* —; fr. 19. §. 1 *Item si filius familias pactus fuerit ne a se petatur, proderit ei, et patri quoque, si de peculio conveniatur*; fr. 21. §. 1, 2, 5 — *si in rem paciscatur proderit — pacti conventi exceptio — exceptio — doli prosit — alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio* —; fr. 23 *Fideiussoris — conventio nihil proderit reo*; fr. 25. §. 2 — *quamvis fideiussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam* —; fr. 27. §. 1, 2, 3, 5 — *pactio — neque reo neque fideiussori prodest — prodesse fideiussori exceptionem — fideiussoribus prius pactum prosit — quod pactum proderit — prodesse tibi pacti conventi vel doli exceptionem* —; fr. 32 — *non prodesse exceptionem* —; fr. 40. §. 3 — *ea conventio — per exceptionem doli proderit*. Di questi testi, tratti da un sol titolo, nove appartengono a Paolo che è l'autore del nostro fr. 30. §. 3 de iureiur. 12, 2. Si osservi in essi l'uso promiscuo delle frasi *exceptionem prodesse* e *pactum* o *conventio nem prodesse* collo stesso significato.

Ma perchè tante parole? Leggansi proprio a proposito del giuramento i testi seguenti:

Fr. 9. §. 6 de iurei. 12, 2:

Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum *Iusiuran-*

dum defensoris vel procuratoris ei ab adversario delatum prodesse exceptionemque domino parere Iulianus scribit.

Fr. 11. §. 3. eod.:

Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum.... Quod si ego ex eadem hereditate possiderem tuque coepisses petere eam a me, cum adversus te iurassem, exceptione me uti debere iurisiurandi. Plane si alius a me hereditatem petere coeperit, dubium non erit, ut et Iulianus scribit, nihil mihi insiurandum prodesse.

Fr. 1. §. 3 quar. rer. act. non d. 44, 5:

Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum Si fideiussor iuravit, si quidem de sua persona tantum iuravit, quasi se non esse obligatum, nihil reo proderit: si vero in rem iuravit, dabitur exceptio reo quoque.

V'è poi nello stesso titolo *De iureiurando* delle Pandette un frammento dello stesso Paolo, tratto dallo stesso libro 18 ad edictum, cui appartiene il fr. 30, e che può darci ancora un po' di luce. È il fr. 28. §. 1-4:

§. 1. *Quod reus iuravit etiam fideiussori proficit. A fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo Cassius et Iulianus aiunt: — §. 2. Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim isque iuraverit se omnino exhibitionem eius non promisisse, prodesse debitori meo id non debet: si vero iuraverit se nihil mihi praestare oportere, distinguendum sit (est Hal.) et replicatione emendandum utrum ideo iuraverit an quia post promissionem exhibuerit an vero quia solverit: quod et in fideiussore[m] debiti distinguendum est. §. 3. Ex duobus reis promittendi eiusdem pecuniae alter iuravit: alteri quoque prodesse debebit. §. 4. Exceptio iurisiurandi non tantum si.... etc.*

Evidentemente qui il *prodesse* significa giovare coll'eccezione. E poichè nei due ultimi testi citati si parla del vantaggio che il fideiussore trae dal giuramento del debitore principale, non sarà forse inutile ricordare che per questo caso appunto viene in altro luogo fatto un parallelo tra il giuramento e la cosa giudicata, in modo analogo a quanto abbiám visto nel fr. 30. §. 3.

Veggasi il fr. 42. §. 2. 3 de iureiur. 12, 2:

Pomponius libro octavo decimo epistolarum — Eadem ratio est et si fideiussoris defensor iuraverit: reo enim detur exceptio. §. 3. Item si reus iuravit, fideiussor tutus sit, quia

et res iudicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret.

Risulta da tutto ciò che la frase *iusiurandum adversus alios proderit* del fr. 30. §. 3 de iureiur. 12, 2 molto naturalmente si spiega come se dicesse *exceptio iurisiurandi proderit*, sicchè anche per la seconda parte di quel testo si deve pensare ad una *exceptio rei iudicatae adversus alios*.

8. Tuttavia alcuno potrebbe forse opporre il fr. 9 pr. de iureiur. 12, 2:

Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum *Nam posteaquam iuratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est si ambigitur, an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est*

traendone la conseguenza che il modo più ordinario con cui si dimostra l'efficacia del giuramento è appunto la *denegatio actionis*, alla quale perciò deve piuttosto riferirsi il *proderit* del fr. 30 §. 3.

Per rispondere a questa obbiezione debbo toccare quello che credo essere l'errore latente fondamentale di tutto il ragionamento del prof. **Cogliolo**: dico credo, perchè non ne son ben sicuro a causa delle contraddizioni più sopra notate. L'egregio professore nelle parole: « Contro le pretese della seconda persona, il convenuto del primo giudizio non ha bisogno di opporre la *exceptio rei iudicatae*, ma può opporre la inesistenza della pretesa, estinta *ipso iure*, ed il Pretore denega l'azione » dà a divedere che secondo lui la *denegatio actionis* differisce dalla *exceptio*, in quanto che si fonda sull'estinzione *ipso iure* del diritto (17 bis). Più sopra io ho già dimostrato, che tale idea applicata, come vuole il prof. **Cogliolo**, al nostro caso dell'azione popolare produrrebbe gravi contraddizioni: ora aggiungo che l'idea stessa deve rigettarsi come falsa.

La differenza tra la *denegatio* e l'*exceptio* (fatta astrazione da quanto osservo più oltre nella nota 18) consiste solo nella

(17 bis) Sono ora confermato nell'opinione espressa qui nel testo dalla lettura del libro del **Cogliolo** citato più sopra nella nota 1. In questo libro a pag. 12 e in parecchi altri luoghi è ripetuto questo concetto della *denegatio actionis*, che io combatto. Pare anzi che il **Cogliolo** creda nuovo tale suo concetto, poichè scrive: « e questo concetto processuale dell'*ipso iure*, dagli scrittori non avvertito ecc. ».

Naturalmente tutte le deduzioni che l'autore trae da quell'idea sono anch'esse, a parer mio, senza fondamento.

semplificazione della procedura. Il Pretore denegava l'azione quando gli appariva evidente l'ostacolo che contro ad essa si elevava, p. es. l'esistenza di un giuramento contrario o di una contraria sentenza, accordava invece l'*exceptio* quando credeva meglio rinviare al giudice la cognizione di quell'ostacolo. Perciò *denegatio* ed *exceptio* si trovano menzionate promiscuamente nelle fonti a proposito dei medesimi casi. Il fr. 9 pr. de iureiur. 12, 2 or ora citato ne è un esempio. Altri chiarissimi ce ne forniscono il fr. 21 §. 9 de rec. 4, 8:

Ulpianus libro tertio decimo ad edictum.... *si paratus sit in eundem compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore.*

il fr. 7. §. 6 de SC. Mac. 14, 6:

Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum *Non solum ei qui mutuum dedisset, sed et successoribus eius deneganda est actio*

comparato con tutti gli altri ove si parla della *exceptio* SC. Macedoniani; il fr. 2. §. 1 ad SC. Vell. 16, 1:

Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum *ne eo nomine ab his petitio [sit] neve in eas actio detur....*

confrontato con tutti i testi ove è menzionata l'*exceptio* SC. Velleiani; il fr. 34 sol. matr. 24, 3:

Africanus libro octavo quaestionum..... *patri, nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem, sicuti denegaretur etiamsi constaret eam in potestate esse*

posto a riscontro col fr. 40 eod.:

Papinianus libro vicesimo octavo quaestionum.... *si... filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quominus ex stipulatu agat: viva autem filia si agere vult, exceptione summovendus erit.*

il fr. 1 §. 3 de his quae in test. 28, 4:

Ulpianus libro quinto decimo ad Sabinum *Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt sive non possunt, quoniam si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. Et siquidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.*

il fr. 1. §. 2 ad SC. Treb. 36, 1:

Ulpianus libro tertio fideicommissorum.... *actiones, quae in*

heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari....

confrontato col §. 4 dello stesso fr.:

Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario: nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est: in eo vero, quod, si agant heredes repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio consultum est fideicommissariis.

Perciò troviamo adoperate come equivalenti le frasi *actionem non dari* o *per exceptionem summoverti*, come p. es. nel fr. 12 de min. XXV ann. 4, 4:

Gaius libro quarto ad edictum provinciale Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoverti debet (18).

Luminosissimo esempio pure ce ne dà il titolo delle Pandette *Quarum rerum actio non datur* 44, 5, nel quale secondo la ru-

(18) Altri testi si possono trovar citati in **Keller** *Il processo civile romano* (trad. ital. **Filomusi-Guelfi** Napoli 1872) §. 36 nota 390 pag. 119. Ivi è erroneamente indicato come sostenitore dell'opposta opinione il **Bekker** *Proces-sualische Consumption* p. 280. Bene perciò nell'ultima edizione del **Keller** (5 Auflage bearbeitet von **A. Wach**. Leipzig 1876) tale indicazione è stata tolta. Conf. pure nel senso da me sostenuto **Rudorff** *Römische Rechtsgeschichte* II. §. 70 n. 9 pag. 231; **A. Pernice** *Kritische Vierteljahresschrift* V. p. 416; **Schlesinger** *Götting. gelehrt. Anzeige* 1869 p. 898; **Bekker** *die Aktionen* II Kap. 25 n. 26 p. 21 seg. Certo la *denegatio actionis* ha luogo anche quando l'azione manchi *ipso iure*, p. es. per avvenuto pagamento del debito, ed i fatti che ne dimostrano la mancanza sono evidenti fin da principio: ma ciò non altera punto la esattezza di quanto ho esposto nel testo circa la relazione tra *denegatio* ed *exceptio*. Nè si può dire che la *denegatio* sia il solo modo per far valere la mancanza di azione *ipso iure*: anzi il più delle volte, a causa della prova dei fatti, il Pretore manda le parti dinanzi al giudice, e perciò dà l'azione, non la denega; soltanto in tal caso non v'è bisogno di *exceptio* nella formula. Al rapporto tra la mancanza d'azione *ipso iure* e la invalidazione mediante eccezione si riferisce il fr. 112 de reg. iur. 50, 17:

Paulus libro octavo ad edictum *Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur*

il quale perciò non deve citarsi a proposito del rapporto tra *denegatio actionis* ed *exceptio*, come a torto fanno alcuni autori, tra i quali recentissimo il **Leonhard** *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen* 2 Theil, Berlin 1883 pag. 478 nota 2.

brica dovrebbe trattarsi della *denegatio actionis*, e ove invece quasi tutti i testi parlano di eccezioni.

Possiamo dunque con sicurezza affermare che quando una legge parla di *denegatio actionis*, ciò non significa punto che in quel caso non possa darsi eccezione; anzi assai meglio può in molti casi argomentarsi dalla *denegatio* all'ammissibilità della *exceptio*. Perciò il *proderit* del fr. 30. §. 3 de iureiur. 12, 2, in conformità di quanto leggiamo nel fr. 9 pr. eod., deve riferirsi così alla *denegatio*, come all' *exceptio iurisiurandi*.

Tuttavia chi percorra attentamente il titolo *De iureiurando* 12, 2 facilmente si avvedrà che, quando si tratta di giuramento prestato da terzi, in generale i testi parlano piuttosto di *exceptio* che di *denegatio*: i frammenti da noi più sopra riferiti lo dimostrano anch'essi.

La ragione di ciò è chiara; perchè in casi di tal genere le prove e le questioni, che possono nascere, sono più complicate, e perciò il Pretore s' induce a rinviare le parti dinanzi al giudice.

Il fr. 30 §. 3, che illustriamo, accenna a siffatte questioni colle parole « *ita demum.... si bona fide exactum fuerit* » che si riferiscono al giuramento, e colle parole « *si non per collusionem actum sit* » che si riferiscono alla cosa giudicata. Molto naturalmente dunque esso va applicato piuttosto alle eccezioni di giuramento e di cosa giudicata, contro le quali talora si oppongono delle replicazioni; ed è così novella e forte prova della verità della teoria, che noi sosteniamo, circa l'eccezione di cosa giudicata nelle azioni popolari.

9. Le osservazioni, che abbiamo fatte sul rapporto tra la *denegatio actionis* e l' *exceptio*, mentre respingono qualunque obiezione contraria alla nostra interpretazione del fr. 30. §. 3 de iureiur. 12, 2, valgono pure a spiegare meglio il fr. 6 de sepulchro violato 47, 12:

Julianus libro decimo digestorum Sepulchri violati actio in primis datur ei, ad quem res pertinet. quo cessante si alius egerit, quamvis rei publicae causa afuerit dominus, non debbit ex integro adversus eum, qui litis aestimationem sustulerit, dari. nec potest videri deterior fieri condicio eius, qui rei publicae causa afuit, cum haec actio non ad rem familiarem eiusdem, (sed) magis ad ultionem pertineat.

Certamente questa legge dev' essere sfuggita al prof. Cogliolo, perchè altrimenti egli non avrebbe mancato di citarla a sostegno della sua opinione, con maggiore apparenza di buon fondamento,

che per le altre. Si sa che l'*actio sepulchri violati* è popolare, e vien concessa di preferenza *ei ad quem pertineat* (fr. 3 pr. de sep. viol. 47, 12). Ma se il preferito non agisce, chiunque può agire. *Quid iuris* se, dopo esercitata da altri l'azione, il preferito, che era *absens rei publicae causa*, ritorni? **Giuliano** nel nostro fr. 6 risponde che non gli si deve dare l'azione, il che è quanto dire che gli si deve denegare. Ma ciò tuttavia non prova nulla a favore del **Cogliolo**. Abbiamo già veduto che il *non dari actionem* non significa che in casi simili non possa darsi l'azione con una contraria eccezione: abbiamo anzi osservato che talora quella frase si adopera per indicare che contro l'azione si concede dal Pretore un'eccezione. Bene dunque **Giuliano** ha potuto scrivere *actio non debet dari* per comprendere i due casi di *denegatio* e di *exceptio* nelle stesse parole. Ma v'ha di più. La specie studiata da **Giuliano** riguarda la restituzione in intero dell'assente, il quale domanda l'azione, pure ammettendo ch'essa sia stata da altri esercitata prima, facendo valere il danno che gli è derivato dal non avere potuto promuoverla. Il Pretore deve guardare se sia il caso di concedere la restituzione, e, secondo **Giuliano**, deve negarla perchè l'azione di violato sepolcro *non ad rem familiarem sed magis ad ultionem pertinet* (19). Ciò, come ognuno vede, non significa punto che non si dia l'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi anche nell'*actio sepulchri violati*. Se p. es. l'*absens reipublicae causa* si fosse proposto di provare la collusione del primo attore, senza dubbio il pretore gli avrebbe data l'azione, concedendo al convenuto l'eccezione, e all'attore di nuovo la replica per causa della collusione.

10. Passiamo al fr. 45 §. 1 de proc. 3, 3:

Paulus libro nono ad edictum *Qui ita de publico agunt ut et privatum commodum defendant, causa cognita permittuntur procuratorem dare, et postea alius agens exceptione repellitur*.

Questa legge presenta maggiori difficoltà d'interpretazione, che le altre. Non già ch'essa apparisca contraria alla nostra opinione; che anzi a primo aspetto essa ci si dimostra favorevole, nè può, per quanto si faccia, minimamente appoggiare la tesi contraria so-

(19) Sul fr. 6 de sep. viol. 47, 12 veggasi a preferenza d'ogni altro **Cuiacio** in *lib. X Digestorum Salvii Iuliani* ad h. l. (in Opp. Prati 1837 tom. 3 col. 781 segg.)

stenuta dal **Cogliolo**. Ma il presente scritto non ha soltanto per iscopo di combattere la nuova tesi del dotto professore, ma anche di esaminare minutamente e profondamente quanto riguarda l'*exceptio rei iudicatae* nelle azioni popolari romane; sicchè l'esegesi vi dev'essere condotta nel modo più imparziale e spregiudicato.

Una prima interpretazione, che dalla **Glossa** in poi è stata da molti accettata, consiste nel riferire le parole « *et postea alius agens exceptione repellitur* » alla *exceptio rei iudicatae* che si può opporre a chi voglia agire di nuovo dopo condotta a termine dal procuratore della parte lesa l'azione popolare. Tale interpretazione confermerebbe pienamente quanto abbiám già dedotto dai fr. 3 pr. de pop. act. 47, 23 e fr. 30. §. 3 de iureiur. 12, 2. Tuttavia varie difficoltà vi si oppongono. La sentenza ottenuta genera l'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi, qualunque sia stato l'attore, come già abbiám avuto luogo di vedere a proposito del fr. 6 de sep. viol. 47, 12; sicchè non si saprebbe intendere perchè Paolo abbia notato ciò a proposito dell'azione esercitata dal procuratore, quasi fosse una particolarità del caso. Inoltre il *postea* sarebbe poco preciso, perchè il fatto menzionato prima è soltanto la costituzione di procuratore e non la sentenza ottenuta. Aggiungasi che nei Basilici lib. 8 tit. 2 c. 45 il nostro testo è così tradotto:

Ἐάν συνήπται τῷ δημοσίῳ καὶ ἰδιωτικῇ λυσιτέλεια, καλῶς ὁ κινῶν δίδωσι τῆς αὐτίκας διαγνωσθείσης ἐντολέα· καὶ κινῶν ἕτερος μετὰ ταῦτα ἐκβάλλεται δόλου παραγραφῇ. (20)

La semplice *exceptio* del testo latino vi è dunque riferita come *exceptio doli*. Perchè? Era forse così scritto anche nel testo latino? O fu un'aggiunta dichiarativa del greco traduttore? Nulla si può rispondere con certezza a queste domande; tuttavia non si può negare una qualche autorità ai Basilici, specialmente quando è confermata da altre ragioni, come avviene nel caso presente.

Cuiacio (21), appoggiandosi appunto ai Basilici, ritiene che nel nostro fr. 45. §. 1 si parli dell'*exceptio doli*, la quale dal conve-

(20) Edizione dello **Heimbach** vol. 1 p. 387: *Si cum publico commodo privatum coniunctum sit, recte, qui agit, causa cognita procuratorem dat; et postea alius agens doli exceptione repellitur.*

(21) Veggasi **Cuiacio** *Observ.* lib. 22 cap. 12 (in Opp. Prati 1837. vol. 1 col. 1004); *Comm. in lib. IX Pauli ad edictum ad h. l.* (ibid. vol. 5 col. 193 seg.)

nuto si oppone ai terzi dopo contestata la lite col procuratore dell'attore preferito.

Il prof. **Cogliolo**, che si dimostra in questo punto interprete sagace, propone due diverse spiegazioni. Nella prima riferisce anch'egli il nostro testo all'*exceptio doli*, e ritiene, seppure ho bene inteso il suo pensiero, che quando al danno pubblico sia unito il privato, la persona lesa sia preferita alle altre per modo che nessun altro possa esercitare l'azione opponendosegli l'*exceptio doli*. Come effetto di quella preferenza si nota pure che la persona lesa può nominarsi un procuratore. Se tale è il senso delle parole del **Cogliolo**, la sua interpretazione va certamente respinta, perchè non basta l'esistenza di una persona lesa per impedire agli altri di agire: è necessario pure ch'essa dimostri (vedremo poi in qual modo) di voler promuovere l'azione prima, non solo della sentenza (fr. 6 de sep. viol. 47, 12 già citato), ma della contestazione della lite per parte d'altri, come ci attesta il fr. 3 §. 10 de sep. viol. 47, 12:

Ulpianus libro vicensimo quinto ad edictum praetoris Si is, cuius interest, sepulchri violati agere nollet, potest paenitentia acta, antequam lis ab alio contestetur, dicere 'velle se agere et audietur.

È per questa ragione che **Cuiacio** spiegava il *postea* del fr. 45. §. 1 de proc. 3, 3 come *post litem contestatam*.

La seconda interpretazione proposta dal **Cogliolo** non è che la riproduzione di quella di **Cuiacio**, salvo che l'*exceptio* invece di esser *doli* sarebbe *rei in iudicium deductae*. (22)

Io credo che anche l'interpretazione Cuiaciana non sia accettabile. Se nel fr. 45 §. 1 de proc. non si parla della sentenza, non vi si fa cenno neppure della *litis contestatio*, non potendosi in alcun modo dal *procuratorem dare* arguire che la lite doveva già essere contestata. D'altrondè, ammessa tale interpretazione,

(22) Se, come il **Lenel** *Das edictum perpetuum* §. 275 pag. 403 segg. (Leipzig 1883) ha verosimilmente congetturato l'*exceptio rei in iudicium deductae* e quella *rei iudicatae* fossero tutta una eccezione, il **Cogliolo** si sarebbe fatta in questo luogo da sé la più solenne confutazione! Ma anche a volere accettare la distinzione, io non so vedere in che consista il criterio differenziale per ammettere l'*exceptio rei in iud. ded.* contro i terzi nelle azioni popolari, e non ammettere invece l'*exceptio rei iudicatae*.

manca pure il legame logico tra la prima e la seconda parte del paragrafo.

La *litis contestatio* esclude il rinnovamento dell'azione in qualunque caso, e non solo in quello in cui sia stata fatta dal procuratore della parte lesa; perchè dunque notare qui tale effetto quasi fosse cosa particolare? Figurato poi il caso in tal modo, è più ragionevole il vedere nell'*exceptio* quella *rei iudicatae* o in *iudicium deductae*, come vuole il **Cogliolo**, che quella *doli*, come vogliono **Cuiacio** e i **Basilici**. Resterebbe perciò da spiegare il *δῶλεν παραγραφῆ*, che in questi ultimi si legge.

11. L'interpretazione, ch'io proporrei, mi sembra la più semplice e concordante con tutte le parole del testo. Nella *exceptio* io vedo coi **Basilici** l'*e. doli*; e ritengo ch'essa possa opporsi contro i terzi attori, quando la persona lesa e perciò preferita abbia, prima della contestazione della lite da parte dei terzi, dimostrato al pretore di volere agire. Tale dimostrazione deve aver luogo nella *cognitio* con cui il pretore determina, ad esempio della *divinatio* dei pubblici giudizi, quale debba essere l'attore preferito per ragioni di particolare interesse o di qualità personali. Una *cognitio*, di siffatta natura è necessaria anche per potere *dare procuratorem*, poichè non può costituire procuratore per un'azione popolare se non chi unisca un privato interesse al pubblico e debba perciò essere agli altri preferito (fr. 5 de pop. act. 47, 23; fr. 42 pr. de proc. 3, 3; fragm. Vat. 340). Tutto questo ci attesta la nostra legge 45. §. 1 con le parole *causa cognita permittuntur procuratorem dare*. E poichè in seguito non è menzionato nessun fatto nuovo, è necessario ammettere che il *postea* si riferisce alla *causae cognitio*, in cui è concesso di costituire il procuratore.

Tale interpretazione viene anche mirabilmente confermata dal fr. 3. §. 10 de sep. viol. 47, 12 poc' anzi citato, ov'è detto che « *is cuius interest,.... potest..., antequam lis ab alio contestetur, dicere velle se agere et audietur.* » Che significa ciò infatti, se non che il preferito, promuovendo la *cognitio* del pretore per far conoscere i suoi titoli di preferenza (*dicens velle se agere*), può impedire che altri efficacemente promuova l'azione (*antequam lis ab alio contestetur, audietur*)? E quale sarà il mezzo per impedire l'esercizio efficace dell'azione, se non un'eccezione? Ma nè l'*exceptio rei iudicatae*, nè quella *rei in iudicium deductae* sono in tal caso applicabili, non avendo ancora avuto luogo nè sentenza, nè contestazione di lite; si fa perciò uso della più co-

mune *exceptio doli*, senza escludere perciò, secondo quanto più sopra abbiamo dimostrato, la *denegatio actionis*.

Così interpretato il fr. 45. §. 1 de proc. 3, 3 non conferma, bisogna confessarlo, direttamente la nostra opinione circa la opponibilità della *exceptio rei iudicatae* contro i terzi nelle azioni popolari; ma tuttavia non solo non vi è contrario, ma indirettamente viene ad appoggiarla. E per vero, se il semplice fatto d'aver dimostrato di volere agire, promovendo la *cognitio* del pretore, basta a far sorgere contro i terzi un'eccezione, non si dovrà a molto maggior ragione concludere che dalla sentenza ottenuta mediante l'azione popolare debba contro i terzi nascere l'eccezione di cosa giudicata?

12. Ho per ultimo riserbata una legge sulla quale il prof. **Cogliolo** ha fatta un'acuta, sebbene inesatta osservazione.

Parlo del fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29:

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum *Si tamen, posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici. itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est* [praeter Mommsen] *quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator. Si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri* [permitti Pothier] *vel eidem sine exceptione vel alii.*

Acutamente il prof. **Cogliolo** nota che nell'ultima parte di questo testo è detto, che, perseverando il convenuto a detenere l'uomo libero, si può rinnovare contro di lui l'interdetto tanto dalla stessa persona senza l'eccezione di cosa giudicata, quanto da altri: e a proposito di questi altri non si ripete la frase *senza l'eccezione*. Se ne può dunque conchiudere che questi altri in nessun caso dovrebbero temere l'eccezione di cosa giudicata. Questo sarebbe l'unico argomento tratto dai testi a favore dell'opinione del **Cogliolo**; poichè le interpretazioni da lui date degli altri frammenti, anche se fossero esatte, gli servirebbero solo a togliere gli ostacoli, non già a fornirgli un valido e positivo sostegno. Ma qual debole appoggio è anche il fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib.! Chi può mai fondare tutta una teoria contraria alle resultanze degli altri testi sopra la collocazione di due parole, che potrebbe essere casuale o fatta in grazia della miglior armonia del periodo?

La risposta al **Cogliolo**, come si vede, potrebbe essere molto semplice: pur tuttavia io preferisco ammettere che le parole *sine exceptione* siano state collocate là, dove sono, a bella posta, e che l'argomento *a contrario*, che il **Cogliolo** ne trae, sia ben fondato. E che perciò? Se ne deve forse concludere che nelle azioni popolari non è concessa contro i terzi l'*exceptio rei iudicatae*? No davvero.

Chi vorrà seguirmi nell'esegesi del nostro frammento si persuaderà, spero, ben presto della verità di quanto io dico.

13. Ho fatte molte ricerche, ma non ho trovato in nessun luogo una interpretazione del tutto soddisfacente di questa legge. I migliori autori o non ne parlano o ne fanno appena un cenno alla sfuggita, che non ispiega nulla. Anche il gran **Cuiacio** qui ci abbandona, e gli altri scrittori citati nell'**Hommel redivivus** sono affatto inutili. Il solo che ci dia qualche cosa di buono è lo **Schmidt** nel suo classico libro *Sulla procedura degli interdetti presso i romani* (23), che da trent'anni resta sempre il migliore scritto su questa materia: ma tuttavia io credo che si debba tenere una via diversa dalla sua e giungere a diverse conseguenze.

A parer mio la spiegazione completa del fr. 3 §. 13 non può ottenersi, se non considerando che in esso si tratta di un interdetto anzichè di una solita azione popolare.

14. Per quanto si sia scritto e sugli interdetti e sulle eccezioni e più particolarmente sull'*exceptio rei iudicatae*, il tema delle eccezioni negli interdetti non può dirsi ancora studiato in modo definitivo. Anche qui il miglior trattato trovasi nello **Schmidt op. cit.** (24), il quale in verità ha poste le fondamenta di qualunque ricerca ulteriore. Strano a dirsi: gli scrittori, che hanno dopo di lui più particolarmente trattato degli interdetti, come p. es. il **Machelard** (25), se la cavano con due leggerissime parole, nelle quali non sono nemmeno espressi tutti i risultati delle ricerche dello **Schmidt**! Eppure lo studio di questo punto potrebbe ancora presentare qualche aspetto interessante.

(23) **K. A. Schmidt** *Das Interdiktenverfahren der Römer*. Leipzig 1853. Vedi specialmente pag. 133 segg. 231.

(24) Veggasi nell'opera citata dianzi dello **Schmidt** le pag. 95-115.

(25) **Machelard** *Théorie générale des interdits en droit romain*. Paris 1864. In questo libro a pag. 13 si danno pochi cenni imperfettissimi sull'*exceptio* negl' interdetti. — Esiste anche un'opera italiana del Tagliacarne sugl' interdetti, ma chi la conosce comprenderà facilmente, perchè io non ne parli qui.

Io certo non posso qui intraprenderlo: ma mi contenterò di pochi cenni a modo di digressione su quella parte, che può avere attinenza con l'interpretazione del nostro fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29.

Astrazione fatta da quelle clausole che contengono eccezioni permanenti e fanno sempre parte della formola dell'interdetto, come il *nec vi nec clam nec precario*, che trovasi in parecchi interdetti, è cosa oramai indubitata (26) che nella procedura interdittale si danno eccezioni in modo simile a quello della procedura per azioni. Ma in qual punto della procedura si dava l'eccezione? La *lex Rubria* c. 19, a proposito dell'interdetto *de opere restituendo* oggi detto *demolitorium*, ci attesta espressamente che l'eccezione poteva aver luogo nell'interdetto stesso, nella *sponsio* consecutiva o nel giudizio:

.... *quodque quisque quomq(ue) d(e) e(a) r(e) decernet interd[e]ictive seive sponsionem fieri iudicareive iubebit iudiciumve quod d(e) e(a) r(e) dabit, is in id decretum interdictum sponsionem iudicium exceptionem addito addive [iu]beto: Q(ua) d(e) r(e) operis novi nuntiationem IIvir IIIvir praefectusve eius municipi non remeisserit.* (27)

Gli esempi di tali eccezioni non mancano (28). Per gl'interdetti proibitori sono da vedere i fr. 4 pr. §. 1 ne vis fiat ei 43, 4; fr. 1 §. 16 de flumin. 43, 12; fr. 1. §. 6 ne quid in flum. publ. 43, 13. Per i restitutori *Cicero ad fam.* VII, 13; fr. 1. §. 10 de op. nov. nunt. 39, 1; arg. fr. 1. §. 3 quod vi aut clam 43, 24; fr. 3. §. 2. 3. 4 eod.; fr. 7. §. 3. 4 eod.; fr. 22 §. 2 eod.; arg. fr. 12 pr. de precar. 43, 26; oltre alla legge *Rubria* c. 19 or ora citata. Per gli esibitori arg. fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29; fr. 1. §. 3. 4. 5 de lib. exhib. 43, 30.

(26) L'aveva negato lo *Huschke pro Tullio* p. 155: ma egli stesso ha in seguito mutata la propria opinione. Confr. *Schmidt op. cit.* p. 104 seg. nota 13.

(27) Vedi *Bruns Fontes iuris romani antiqui* 4 ed. Tubingen 1879 p. 91.

(28) Questi esempi trovansi raccolti dallo *Schmidt op. cit.* pag. 96-101. Ivi è per errore (a pag. 100) indicato il fr. 5. §. 4 quod vi aut clam anziché il fr. 7. §. 4. Manca anche il fr. 3 §. 13 de hom. lib. exh., ma questo è indicato come sopra si è accennato, in altri luoghi. Non vi sono menzionati il fr. 1 §. 3 quod vi aut clam e il fr. 12 pr. de precario, i quali in verità non hanno molta importanza.

Ora a noi importa di sapere, se le eccezioni mentovate in queste leggi si diano nella stessa formula dell' interdetto, o abbian luogo solo nella susseguente procedura; e specialmente se eccezioni di un determinato contenuto, come p. es. l'*exceptio rei iudicatae*, si trovassero più di frequente nell' interdetto o nella formula del giudizio.

Lo **Huschke** (29) e lo **Schmidt** (30) hanno già osservato acutamente che riguardo ai fr. 1 §. 16 de flumin. 43, 12 e fr. 1 §. 6, 9 ne quid in flum. publ. 43, 13 si può dire con certezza, che le eccezioni ivi contemplate dovevano trovarsi l' una nella formula del giudizio, e l' altra in quella dell' interdetto stesso.

Infatti il fr. 1 §. 16 de flumin. 43, 12 è così concepito:

Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum *Labeo scribit non esse dandam exceptionem ei, qui interdicto convenitur: « aut nisi ripae tuendae causa factum sit », sed ita excipiendum ait: « extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit ».*

E siccome l' interdetto, cui tale eccezione dovrebbe riferirsi, è quello proibitorio

Ne quid in flumine publico ripae eius facias neve in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat (31),

evidentemente il passato *factum sit* dell' eccezione mal si concilierebbe col divieto dei fatti futuri: per la qual cosa è necessario ammettere doversi l' eccezione riferire alla formula rilasciata dal pretore per il giudizio consecutivo all' interdetto (32).

Tuttavia il contenuto dell' eccezione non impedirebbe di accoglierla anche nell' interdetto stesso: che anzi un' eccezione di simile contenuto era perpetuamente inserita in un altro interdetto di ugual natura, quello cioè *ne quid in loco publico* che era così formulato nell' editto:

Ne quid in loco publico facias inve eum locum immit-

(29) **Huschke** *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius* nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* XIII pag. 321 segg.

(30) **Schmidt** *op. cit.* pag. 104.

(31) Conf. fr. 1 pr. de flumin. 43, 12.

(32) Conf. pure **Lenel** *Das edictum perpetuum* Leipzig 1883 p. 369 n. 1.

tas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatusconsulto edicto decretove principum tibi concessum est (33).

Il fr. 1 §. 6 ne quid in flum. publ. 43, 13 è del seguente tenore :

Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum *Sunt qui putent excipiendum hoc interdicto « quod eius ripae muniendae causa non fiet » scilicet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit. sed nec hoc quibusdam placet: neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt. hoc tamen iure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat: plerumque enim [publica Mommsen] utilitas suadet exceptionem istam dari.*

Qui il verbo al futuro nell' eccezione ci persuade che essa non può aver avuto luogo se non nell' interdetto proibitorio stesso; poichè si tratta appunto dell' interdetto

In flumine publico inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto (34).

Del resto che tale interdetto ammettesse anche eccezioni del genere di quella or ora veduta per l' interdetto precedente, si può desumere dal §. 9 di questo stesso fr. 1 ne quid in flum. publ. 43, 13:

Hoc interdictum cuivis ex populo competit, sed non adversus omnes, verum adversus eum qui id egit [deneget Fl.] ut aliter aqua fluaret, cum ius non haberet.

Maggiori difficoltà sorgono relativamente alle altre eccezioni, tra le quali sono pur quelle che più c'importano. Lo Schmidt (35) pensa che non si possa dire a qual luogo della procedura esse appartenessero. Nondimeno io credo che qualche altra ricerca in proposito si possa fare con frutto.

Parmi, ad esempio che l' eccezione, cui allude il fr. 4 §. 1 ne vis fiat 43, 4 possa ragionevolmente riferirsi al giudizio, anzichè all' interdetto. Il testo dice:

(33) Conf. fr. 2 pr. ne quid. in loc. publ. 43, 8.

(34) Conf. fr. 1 pr. ne quid in fl. publ. 43, 13. Veggasi in questo senso anche Lenel *op. cit.* p. 369 n. 9.

(35) Schmidt *op. cit.* p. 104.

Ulpianus libro sexagesimo nono ad edictum *Poena autem eius, qui non promittit vel satis non dat, haec est, ut in possessionem mittatur adversarius. Sive ergo promittat, sive per eum non fiat, quo minus promittat, non tenebit interdictum repulso per exceptionem eo qui experitur.*

La formola dell'interdetto qui menzionato non ci è stata conservata (36). Non possiamo da essa perciò trarre valido argomento in nessun senso; ma la frase *non tenebit interdictum* dimostra che l'interdetto mancherà della sua efficacia nella procedura susseguente; la frase *repulso per exceptionem* indica che il mezzo procedurale per togliere quell'efficacia sarà un'eccezione, che dovrà perciò essere inserita nella *sponsio* e nella *formula* pel giudizio; e la stessa ultima frase *eo qui experitur* conferma, se non erro, la verità di tutto ciò, perchè il verbo *experiri* di preferenza si riferisce all'effettivo esercizio e allo svolgimento della procedura di un'azione o di un interdetto nel giudizio (37).

Tuttavia, se per queste ragioni l'eccezione cui allude il fr. 4 §. 1 ne vis fiat 43, 4 deve riferirsi alla *sponsio*, o più probabilmente al giudizio, ciò non significa che essa, o un'altra similgiante, non si potesse trovare anche nell'interdetto stesso. Anzi il fr. 7 pr. de damn. inf. 39, 2 (conf. fr. 9 §. 4; fr. 15 §. 11;

(36) Vedi **Lenel** *op. cit.* p. 377 §. 246.

(37) Quest' almeno è l'impressione che fa in me l'uso frequente di questa parola nelle fonti. Essa significa sempre far uso di un'azione o di un interdetto nel processo. Non istarò a citare testi relativi alle azioni: noterò soltanto la frequenza della frase *experiri iudicio, iudicium, ad iudicem*: conf. fr. 65 de proc. 3, 3; fr. 8 de nox. act. 9, 4; fr. 39 pr. eod.; fr. 18 §. 7 fam. erc. 10, 2; fr. 25 pr. §. 5 eod.; fr. 3 §. 7 ad exhib. 10, 4; fr. 23 depos. 16, 3; fr. 1 §. 3 de usur. 22, 1; fr. 43 §. 10 de R. N. 23, 2; fr. 58 §. 1 de admin. et per. 26, 7; fr. 1 §. 4 de contr. tut. 27, 4; fr. 3 §. 5 de Carb. ed. 37, 10; fr. 4 §. 23 de fideic. libert. 40, 5; fr. 12 §. 5 de lib. caus. 40, 12; fr. 30 de reb. auct. iud. 42, 5; fr. 18 i. f. de exc. 44, 1; fr. 2 §. 1 vi bon. rapt. 47, 8; fr. 17 §. 9 de iniur. 47, 10; fr. 12 de quaest. 48, 18; fr. 24 §. 1 de app. 49, 1; fr. 28 §. 2 eod.; fr. 2 §. 1 quando app. 49, 4; fr. 1 apud eum a quo 49, 12; const. 1 fam. erc. 3, 36; const. 3 eod.; const. 8 eod. Tra i molti testi, in cui trovasi *interdicto* o *per interdictum experiri* veggansi specialmente: Gai. 4, 163; fr. 12 comm. div. 10, 3; fr. 1 §. 3 de mort. inf. 11, 8; fr. 31 §. 4 de usurp. 41, 3; fr. 3 §. 2 ne vis fiat 43, 4; fr. 3 §. 12 de tab. exh. 43, 5; fr. 6 ne quid in loc. publ. 43, 8; fr. 13 pr. quod vi aut clam 43, 24; fr. 3 §. 12, 13 de hom. lib. exh. 43, 29; fr. 2 §. 1 de accus. 48, 2.

fr. 38 §. 1 eod.) rende la cosa abbastanza probabile; e noi sappiamo d'altra parte (*lex Rubria* c. 19 cit.) che la medesima eccezione poteva, e talora doveva, inserirsi tanto nell'interdetto, quanto nella *sponsio* e nella formula dell'azione susseguente.

Per tal modo la mia opinione si concilia benissimo con quella del *Lenel Das edictum perpetuum* §. 246 p. 377 nota 3) che ritiene essere costante nell'interdetto *Ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit* l'eccezione « *Si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est et per te stat, quominus ita promittatur satisve detur* (38).

L'*exceptio conventionis*, di cui parla il fr. 1 §. 10 de op. nov. nunt. 39, 1:

Ulpianus libro quinquagensimo secundo ad edictum *Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris anteposita videatur: quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debet id ratum habere* (39)

doveva aver luogo tanto nell'interdetto oggi chiamato *demolitorium*, quanto nella formula del consecutivo giudizio. Essa infatti è analoga a quella che abbiamo già veduta nella *lex Rubria* c. 19 (40).

Il fr. 1 §. 3 quod vi aut clam 43, 24:

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum *Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obicere: « quod non iure meo receperim [fecerim Vulg.] ».* et

(38) Non ammettevano questa eccezione, come perpetuamente inserita nell'interdetto, parecchi gravi autori, quali lo *Schmidt op. cit.* p. 96; il *Burckhard Die cautio damni infecti* (Continuazione delle *Pandecten* del *Glück Serie der Bücher 39 und 40 Zweiter Theil.* Erlangen 1875 p. 575, 577 segg.) i quali ritenevano che l'interdetto *ne vis fiat ei* etc. fosse lo stesso per tutti i casi di *missio in possessionem*. V. contro tale opinione *Lenel loc. cit.*

(39) Conf. pure il fr. 7 §. 14 de pactis 2. 14.

(40) Su questa e su altre possibili o pretese eccezioni nell'*int. demolitorium* veggasi specialmente il *Burckhard Die operis novi nunciatio* (Continuazione delle *Pandecten* del *Glück, Serie der Bücher 39 und 40 Erster Theil.* Erlangen 1871 p. 191 segg., 250 segg., soprattutto 255 segg.).

magis est, ne possit: nam adversus vim vel quod clam factum est nulla iusta exceptione se tueri potest

esclude, come ognun vede, l'eccezione; sicchè non è necessario parlarne (41). Tuttavia si può dire che Ulpiano ne ragiona come di eccezione che si sarebbe voluta introdurre nel testo dell'interdetto; poichè ne tratta subito appena enunciata la formula dell'interdetto ed il commento di essa: e d'altra parte la stessa frase: *quod non iure* etc. ottimamente, solo che dalla prima persona si muti nella seconda, è adatta ad essere inserita nell'interdetto *quod vi aut clam*. La formula in prima persona si converrebbe solo alla *sponsio* e alla *restipulatio*.

Incerte, ma forse da inserirsi tanto nell'interdetto, quanto nell'azione (sebbene per il caso speciale considerato nei testi l'allusione all'azione sia in più di un luogo manifesta), sono le eccezioni ricordate nel fr. 3 §. 2. 3. 4 vi aut clam 43, 24:

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum §. 2. *Sed si permiserit, adversus eum, qui utatur interdicto, exceptio erit necessaria.* §. 3. *Non tantum autem si ego permiserit, sed et si procurator meus vel tutor qui tutelam administrat vel curator pupilli [pupilli vel curator Mommsen] furiosi sive adulescentis, dicendum erit exceptioni locum fore.* §. 4. *Plane si praeses vel curator rei publicae permiserit in publico facere, Nerva scribit exceptionem locum non habere, quia etsi ei locorum, inquit, publicorum procuratio data est, concessio tamen data non est, si non lex municipalis curatori rei publicae amplius concedat. Sed et si a principe vel ab eo, cui princeps hoc ius concedendi dederit [permissum erit ins. Mommsen] idem erit probandum.*

e nel fr. 7 §. 3. 4. eod.:

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum §. 3 *Bel-*
lissime apud Julianum quaeritur, an haec exceptio noceat in
hoc interdicto « quod non tu vi aut clam feceris? » ut puta
utor adversus te interdicto quod vi aut clam, an possis obi-
cere mihi eandem exceptionem: « quod non tu vi aut clam
fecisti » ? (42) et ait Julianus aequissimum esse hanc exce-

(41) Per la medesima ragione non discorrerò neppure del fr. 12 pr. de precario 43, 26.

(42) Il **Mommsen**, seguendo lo **Schmidt**, vuol cancellare tutte le parole da *ut puta utor a clam fecisti?*

ptionem dare: nam si tu, inquit, aedificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam et utaris adversus me interdicto, hanc exceptionem profuturam. quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet. §. 4. Est et alia exceptio, de qua Celsus [Gallus Mommsen] dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat (43) an excipi oporteret « quod incendii defendendi causa factum non sit »? Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli [simpliciter Schmidt] litem aestimandam (44): si pervenisset, absolvi eum oportere. idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dari videtur aequè perituris aedibus. quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.

Anzi accanto al fr. 7. §. 3 cit. può ricordarsi anche il fr. 22. §. 2 eod.:

Venuleius libro secundo interdictorum *Si ad ianuum meam tabulas fixeris et ego eos, priusquam tibi denuntiarem, re-fixero, deinde invicem interdicto quod vi aut clam egerimus: nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit, aut certe exceptionem mihi profuturam « si non vi nec clam nec precario [aut clam Mommsen] feceris ».*

Queste eccezioni, che si fondano sul fatto che l'attore è incorso nello stesso vizio che il convenuto, ci richiamano alla mente l'eccezione che in antico era inserita nell'interdetto *unde vi*, secondo che ci attestano la *lex agraria* dell'anno 643, v. 18:

(43) Il **Mommsen** vuol cancellare le parole *Gallus enim dubitat*.

(44) Il **Mommsen** propone la seguente restituzione di questa parte del testo: *neque ignis usque eo pervenisset, [eum quocum agatur quod vi aut clam damnandum in id quod interest vel si damni iniuria cum eo actum esset,] simpli litem aestimandam*, ovvero vuole che si segua lo **Schmidt** mutando il *simpli* in *simpliciter*.

[Sei quis eorum, quorum age]r s(upra) s(criptus) est, ex possessione vi eiectus est, quod eius is qui eiectus est possederit, quod neque vi neque clam neque precario possederit ab eo, qui eum ea possessione vi eiec [erit] facito, ut ei is, qui ita vi eiectus e[rit, in eam possessionem unde vi eiectus fuerit restituatur..] (45).

e Cicerone pro Tullio, XIX, 44:

Fuit illud interdictum apud maiores nostros de vi, quod hodie quoque est: « Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecasti ». Deinde additur illius iam hoc causa, quicum agitur: « quum ille possideret », et hoc amplius: « quod nec vi nec clam nec precario possideret ».

Confr. pure Cicero pro Tullio 45; pro Caecina XXXII, 92; Gai. 4, 154; Paul. R. S. 5, 6 §. 7: E a proposito di una simile eccezione nell'interdetto *de vi armata* conf. Cicero ad fam. VII. 13. §. 2.

Tale analogia ci conferma nell'opinione che le eccezioni vedute, relative all'*int. quod vi aut clam*, dovessero introdursi anche nella formula stessa dell'interdetto; quantunque, come già ho più sopra accennato, vi siano quà e là tracce tali da persuaderci che specialmente nei fr. 7 e 22 riferiti si trattasse veramente dell'eccezione introdotta nell'azione consecutiva. Tracce di tal natura sono l'*« alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet »* del fr. 7. §. 3, l'*aestimatio litis* cui allude il fr. 7. §. 4, le frasi *interdicto egerimus*, *remittas ut absolvar* del fr. 22 §. 2 e più ancora quella *condemnandum te, quasi rem non restituas, quanti mea intersit* che in quest'ultimo testo chiaramente allude alla formula arbitraria per il *iudicium*.

A proposito dell'interdetto *de liberis exhibendis* sono pure menzionate parecchie eccezioni, di alcuna delle quali non si può dire con certezza se siano state inserite nell'interdetto e soltanto della formula del giudizio. Tali sono quelle di cui tratta il fr. 1. §. 3. 5 de lib. exhib. 43, 30:

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum §. 2. *In hoc interdicto praetor non admittit causam, cur apud eum sit is, qui exhiberi debet, quemadmodum in superiore inter-*

dicto, sed omnimodo restituendum putavit, si in potestate est. §. 3. Si vero mater sit, quae retinet, apud quam interdum magis quam apud patrem morari filium debere (ex iustissima scilicet causa) et divus Pius decrevit et a Marco et a Severo rescriptum est, aequè subveniendum ei erit per exceptionem.... §. 5. Si quis filiam suam, quae mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? et certo iure utimur, ne bene concordantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exerceat.

Quest'ultima frase potrebbe essere argomento per persuaderci che almeno l'eccezione contemplata nel §. 5 del fr. dovesse essere inserita nell'interdetto; poichè evidentemente il pretore doveva fare, prima di dare l'interdetto, la raccomandazione al padre di procedere con umanità, e poi in ogni caso doveva con l'eccezione elidere gli effetti dell'interdetto.

La conclusione più generale di quanto abbiamo potuto raccogliere fin'ora di certo o probabile può essere così formulata: erano accolte nell'interdetto stesso tutte quelle eccezioni, che si riferivano a circostanze, che concorrendo con le altre, sulle quali era fondato il comando del pretore, venivano a modificarlo ed escluderlo.

15. Ma che dovrà dirsi della cosa giudicata? Tre testi, se non erro, si sono voluti riferire all'*exceptio rei iudicatae* negli interdetti, e sono i fr. 15. §. 12 quod vi aut clam 43, 24, fr. 1. §. 4 de lib. exhib. 43, 30 e il nostro fr. 3 §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29.

Lo Heimbach (46) ha veramente creduto vedere nel primo di questi frammenti un'applicazione della eccezione di cosa giudicata, ma a me pare che se ne possa ragionevolmente dubitare. Esso è così concepito:

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum *Quia autem hoc interdictum id quod interest continet, si quis alia actione fuerit consecutus id quod interfuit opus non esse factum, consequens erit dicere ex interdicto nihil eum consequi oportere.*

(46) Heimbach nel *Rechtslexikon* del Weiske alla voce *Interdicte* vol. V pag 615 (Leipzig 1844).

Si riferisce dunque alla estimazione dell' interesse nella condanna nel giudizio, e alla mancanza di tale interesse, quando già si sia ottenuto il risarcimento in altro modo. Esso dunque non dice nulla più di quanto si legge anche nel fr. 11 arb. furt. caes. 47, 7. L'assoluzione del convenuto avviene per mancanza di oggetto dell' azione.

Restano così i due altri frammenti. Il fr. 1. §. 4 de lib. exhib. 43, 30 dice:

Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum Pari modo si iudicatum fuerit non esse eum in potestate, etsi per iniuriam iudicatum sit, agenti hoc interdicto obicienda erit exceptio rei iudicatae, ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit iudicatum.

Trattasi dell' interdetto

Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.

Si richiedeva dunque che colui al quale doveva farsi l'esibizione avesse la potestà. Nel giudizio consecutivo all' interdetto il giudice doveva perciò esaminare se tale requisito esisteva: ma se su questo punto già si era giudicato, l'*exceptio rei iudicatae* doveva impedire che lo si riponesse in questione.

Nulla di più evidente. Da ciò logicamente si desume che l'*exceptio* in tal caso doveva aver luogo soltanto nella formula pel giudizio. Prima non ve n'era bisogno; bastava che il pretore dicesse *qui in potestate est*; con ciò egli non poteva riferirsi che alla verità legalmente accertata; ed è appunto relativamente a questioni di stato che fu detto *res iudicata pro veritate accipitur* (fr. 25 de stat. hom. 1, 5; fr. 207 de R. I. 50, 17). Che il nostro testo si riferisca al giudizio ci vien confermato dalle parole *agenti hoc interdicto*, e *ne de hoc quaeratur*, che vi si leggono.

16. Ed è oramai tempo di chiudere la troppo lunga digressione per tornare al fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29, onde abbiamo preso le mosse.

Anche in esso trattasi dell' *exceptio rei iudicatae*, non però relativa ad uno dei requisiti necessari per l'efficacia dell' interdetto, come quella del fr. 1. §. 4 de lib. exhib. or ora studiata, ma relativa all' esercizio dell' azione susseguente all' interdetto, quando già altra volta si sia esercitata. Anche in tal caso naturalmente l'eccezione doveva, quando era ammessa, essere inserita nella formula del giudizio.

Era infatti naturale che, emanato un interdetto, l'azione fondata su di esso non si potesse muovere più di una volta, almeno nei casi normali. Che se poi dopo l'azione del primo interdetto per avventura se ne fosse per lo stesso fatto e fra le stesse parti emanato un secondo uguale, questo evidentemente non poteva aggiungere nuova forza al primo; e al giudizio derivante dal secondo si opponeva l'eccezione della cosa giudicata, anche senza bisogno che tale eccezione si fosse inserita nella formula del nuovo interdetto.

Tutto ciò nei casi normali. Che diremo dei casi d'interdetti popolari? La questione era più grave. È necessario rammentarsi che negli interdetti il magistrato *principaliter auctoritatem suam interponit* (Gai. IV. 139), che il diritto dell'attore si fonda tutto sul comando del magistrato stesso, che finalmente *interdicta omnia licet in rem videantur concepta vi tamen ipsa personalia sunt* (fr. 1. §. 3 de interd. 43, 1). Da questi principii derivava che, se il magistrato avesse creduto di dover concedere a più d'una persona l'interdetto successivamente, non si sarebbe contro il secondo attore potuto opporre l'*exceptio rei iudicatae*, fondandosi le due azioni sopra basi diverse. Certo in molti casi l'esercizio della prima azione interdittale poteva far sì che mancasse l'oggetto per la seconda (p. es. in caso d'interdetto restitutorio, se la restituzione era fatta dal convenuto); ma ciò non toglieva di mezzo tutti i pericoli del rinnovamento dell'azione. D'altra parte non sempre conveniva negare il secondo interdetto, il nostro fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib. ce ne porge un esempio. Se il primo interdetto e la prima azione non avevano tolto di mezzo ciò che ledeva il pubblico non doveva forse permettersi ad altri di ritentare l'azione?

L'ammissione dell'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi nelle azioni popolari (propriamente dette) dovette essere molto più naturale che negli interdetti popolari. Erano quelle vere e proprie azioni, tendenti ad ottenere il pagamento di una certa somma di denaro a titolo di pena; somma stabilita dall'editto, che doveva pagarsi una volta sola e per la quale non doveva perciò concedersi che un solo giudizio. Il diritto era prestabilito ed unico, bene vi s'adattava dunque l'idea della consumazione processuale. Gl'interdetti invece costituivano ognuno un nuovo diritto e tendevano a far cessare uno stato di fatto lesivo degli interessi o dei sentimenti di ciascun cittadino (int. restitutori ed esibitori) e a impedire fatti parimente lesivi per ciascun cittadino (int. proibitori): il giudizio non por-

tava che alla condanna all' *id quod interest*: veniva dunque abbastanza ragionevole la conclusione che ogni cittadino potesse chiedere l'interdetto e la soddisfazione del proprio interesse.

In brevi parole: negli interdetti il concetto della rappresentanza del pubblico, onde derivava l'opponibilità dell' *exceptio rei iudicatae* contro i terzi, era molto meno accentuato che nelle azioni popolari.

Tuttavia si sentì pure la necessità di non rivolgere più d'una volta lo stesso interdetto contro la stessa persona per il medesimo fatto. Anche quest'interdetti avevano un carattere penale (di polizia); non si doveva ad essi forse applicare l'istessa regola che governava gli altri giudizi penali?

Il nostro fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29 ben ci dimostra lo svolgimento di queste idee presso i giureconsulti romani. Infatti Ulpiano per istabilire la massima che *posteaquam hoc interdicto actum est.... postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici* invoca l'analogia dei pubblici giudizi: *nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi, quam semel actum est, quam praevaricationis fuerit damnatus prior accusator*. Ov'è da notare che il rinnovamento dell'accusa per parte dei terzi nei pubblici giudizi diede luogo anch'esso a qualche controversia prima di venire universalmente negato (47).

Il modo per applicare quella regola agli interdetti popolari era

(47) Veggasi su tale questione da una parte **Paul.** R. S. 1, 6 b. §. 1. 3 dall'altra fr. 7. §. 2 de accus. 48, 2 (**Ulpianus**); const. 11 de accus. 9, 2 (**Diocletianus**); const. 1 de adv. div. iudic. 2, 7 (**Antoninus**); fr. 3 §. 1 de praevar. 47, 15 (**Macer**); *lex Acilia repetundarum* v. 56 (**Bruns Fontes** 4 ed. pag. 62: [Quei ex h. l. condemnatus] aut absolutus erit, quom eo[h.] l. nisei quod post ea fecerit, aut nisei quod praevaricationis causa factum erit au[t] nisei de litibus] aestumandis aut nisei de sanctioni huiusce legis, actio nei es[to]). Veggansi pure fr. 4. §. 2 ad leg. Iul. de adult. 48, 5 (**Ulpianus**); **Cicero pro Coelio** c. 23, 56; 31, 76; 32, 78; — *ad Quintum fratrem* II, 6, 6; **Dio Cassius** 58, 14; **Suetonius Domitianus** c. 8; **Plinius** epist. VII, 6.

Si confrontino per le diverse opinioni **Mittermaier** *Deutsches Strafverfahren* II pag. 615; **Planck** *Mehrheit des Rechtsstreitigkeiten* pag. 27; **Geib** *Criminalprozess* pag. 669 nota 494; e soprattutto **Dernburg** *Recensione del Bekker prozessualische Consumption nella Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft* di Heidelberg II. pag. 358-362.

facile. Il magistrato dava l'interdetto *causa cognita*: e nella *cognitio*, se più erano i richiedenti contemporaneamente, determinava quale dovesse essere il preferito (fr. 3. §. 12 de hom. lib. exhib. 43, 29); se invece alcuno domandava l'interdetto, di cui altri già si era valso, esaminava se era il caso di rinnovare l'interdetto o se piuttosto lo si doveva negare (fr. 3. §. 13 eod.).

Si può lasciare in sospeso la questione, se per un ulteriore progressò dello stesso diritto classico l'*exceptio rei iudicatae* fosse accolta nell'interdetto.

Quanto abbiamo sin qui dimostrato ci spiega perchè nel nostro fr. 3. §. 13 de hom. lib. exhib. 43, 29 sia detto:

non est iniquum, saepius in eum interdicto experiri vel eidem sine exceptione vel alii.

Tale frase è così concepita perchè si tratta di un interdetto, non di un'azione popolare: le parole *sine exceptione* riguardo all'*idem actor* si riferiscono alla ripetizione del *iudicium* in forza dell'interdetto emanato.

Nel diritto Giustiniano, parificata la procedura interdittale a quella delle azioni, senza dubbio l'*exceptio rei iudicatae* contro i terzi si ammise comunemente per gli interdetti popolari, e il nostro frammento secondo lo spirito della compilazione dovette semplicemente spiegarsi sottintendendo il *sine exceptione* anche dopo l'*alii*. Spiegazione che, come ho già detto più sopra, chi non credesse di accettare le idee da me esposte circa gl'interdetti popolari e l'eccezione di cosa giudicata, potrebbe ottimamente accettare anche per i tempi di Ulpiano.

17. Il risultato generale di queste nostre ricerche si è che tanto per ragioni astratte teoriche, quanto per le conclusioni che si traggono dall'esegesi delle fonti, è necessario ammettere che nelle azioni popolari romane l'*exceptio rei iudicatae* si opponeva contro il rinnovarsi dell'azione anche per parte di terzi attori.

Le obiezioni mosse in contrario sono prive di ogni fondamento e persino ogni più lontano appiglio è distrutto, se si faccia la debita distinzione tra interdetti popolari e azioni popolari propriamente dette.

Il lettore troverà facilmente nei diversi paragrafi i particolari risultati, ai quali ci ha talora condotti l'interpretazione di questo o quel testo.

Siena, luglio 1883.



115660

(Estratto dall' Archivio Giuridico)



